

DOI: 10.5102/rdi.v11i1.2792

Desenvolvimento e aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos no direito internacional privado: por uma rediscussão do método de solução do conflito de leis*

The development and application of the theory of better choice of law: a new approach to the application of private international law

Jamilé Bergamaschine Mata Diz**

Rodrigo Vaslin Diniz***

Resumo

O presente trabalho visa analisar como a teoria dos vínculos mais estreitos, denominada por alguns de princípio da proximidade, representa uma nova abordagem para a aplicação do Direito Internacional Privado mediante a criação de mecanismos vinculados à proximidade entre lei e fato. Para tanto, imperioso se fez perscrutar sua natureza jurídica e origem histórica, analisando não só sua aplicabilidade nos Estados Unidos, como também na Europa e América Latina. Nesse diapasão, frisou-se a apreciação, prioritariamente, da Convenção de Roma, assinada em 1980, e da Convenção Interamericana de 1994, pactuada no México, pois se tratam de marcos teórico e legislativo para a expansão do princípio da proximidade, tanto para o espectro europeu de conflito de leis quanto para o espaço latino-americano. Assim, o objetivo principal do trabalho será analisar o desenvolvimento progressivo na codificação e aplicação da teoria pelos sistemas jurídicos internos, buscando delimitar os aspectos principais que influenciaram para a formação dessa teoria e sua compatibilidade e/ou inovação em relação aos mecanismos tradicionais para a solução (aparente) de conflitos de leis no espaço. A partir da definição da natureza jurídica da mencionada teoria, em que estabelecemos os pressupostos para uma nova abordagem do método tradicional concebido a partir do chamado conflito de leis, debruçamo-nos sobre a origem e o desenvolvimento da teoria no âmbito judicial para posteriormente analisarmos a codificação progressiva que a teoria alcançou nos instrumentos internacionais, especialmente aqueles de acentuada natureza *jusprivatista*. Concluímos que a teoria dos vínculos mais estreitos adotada pelas Convenções do México (1994) e de Roma (1980), ainda que de forma distinta, como se verá no trabalho, representa uma significativa evolução no que tange à aplicação da “melhor solução” quando nos deparamos com o denominado conflito de leis no espaço. A metodologia utilizada no presente trabalho ancorou-se nos métodos histórico e indutivo que permitem estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à utilização da teoria no âmbito do sistema jurídico interno. Ainda no que tange à vertente teórico-metodológica, seguiu-se uma linha crítico-metodológica necessária para a devida análise do tema. Finalmente, a teoria dos vínculos mais estreitos promove maior adequação para a solução de escolha da lei aplicável às relações plurilocalizadas, ao produzir um resultado especificamente vinculado ao ato, fato ou negócio internacionalmente realizado.

Palavras-chaves: Vínculos mais Estreitos. Convenções Internacionais. Conflitos de lei no espaço. Legislação e Jurisprudência brasileira.

Recebido em 06.03.2014

Aceito em 18.03.2014

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Universidade de Itaúna-MG, Brasil. Doutora em Direito Público/ Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Membro do Grupo de Pesquisa “Estado e Política Internacional”. Assessora Jurídica do Setor de Assessoria Técnica Secretaria do MERCOSUL - Montevidéu (período: 2008-2009). Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

*** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador PIBIC (2013-2014). E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

Abstract

This study aims to analyze how the theory of better choice of law, called by some the proximity principle, represents a new approach to the application of private international law by creating mechanisms linked to the proximity between law and fact. To do so, became imperative peering its legal nature and historical origins, analyzes not only its applicability in the United States, but also in Europe and Latin America. In this point of view, the article intend focus on the priority assessment of the Rome Convention signed in 1980 and the Inter-American Convention of 1994 agreed in Mexico, since been theorists to expand the principle of proximity to both the European spectrum of conflict of laws as Latin American region. Thus, the main objective is to analyze the progressive development in codified theory and application of the internal legal systems, seeking to define the main aspects that influence the constructing of this theory and its compatibility and/or innovation compared to traditional mechanisms for the solution (apparent) conflict of laws in space. From the definition of the legal nature of that theory, we identify the requirements for a new approach to the traditional method designed from conflict of laws; we concentrate on the origin and development of theory in the legal framework to further analyze the progressive encoding theory achieved in international instruments, especially those of private natures. We conclude that the theory of better choice of law adopted by Conventions of Mexico (1994) and Rome (1980), though in a different way, as will be seen in this work represents a significant development regarding the application of the “ best solution “ when we come across the conflict of laws in space. The methodology used in this study was fixed in historical and inductive methods for establishing the conceptual standards and practices apply to the use of theory within the domestic legal system. Yet when it comes to theoretical and methodological, there followed a critical-methodological approach necessary for a proper analysis of the topic. Finally, the theory of better choice of law promotes greater suitability for the solution of choice of law applicable to pluralized relationships, to produce a result specifically linked to the international act, fact or contract.

Keywords: Better Choice of law. International Conventions. Conflict of Laws in Space.; Brazilian Law and Case.

1 Introdução

Acima das normas jurídicas materiais destinadas à solução dos conflitos de interesses, sobrepõem-se as regras que compõem o chamado *sobredireito*, que determina qual a norma competente na hipótese de serem potencialmente aplicáveis duas normas diferentes à mesma situação jurídica.

Neste sentido, pode-se afirmar que “O direito internacional privado é um ‘direito sobre o direito’, com regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional”.

Esta opção entre duas normas pode ocorrer com relação ao fator tempo ou ao fato espaço (sistema). Na primeira hipótese, temos a dúvida entre aplicar a lei antiga ou a lei nova (conflito intertemporal), e, na segunda, entre a lei do foro ou a lei estranha (conflito interestencial), ou então uma dentre duas leis em vigor no mesmo espaço, mas emanadas de sistemas jurídicos diversos (conflito interpessoal).

A primeira hipótese é regida pelo Direito transitório, também denominado Direito Intertemporal, a segunda, pelo Direito Internacional Privado¹.

No sistema clássico, definido pelo Direito Internacional Privado, é notória a existência de um espectro rígido e já pré-definido de solução de conflitos de leis. Assim, os problemas cuja origem seja o estatuto pessoal, ou seja, Estado e capacidade das pessoas, em geral são solucionados pela nacionalidade das pessoas envolvidas, seu lugar de domicílio ou de sua residência; no que tange aos direitos reais, aplica-se a lei do local onde os imóveis estão situados; quanto aos contratos, a lei do lugar da celebração resolverá o conflito.

O mencionado sistema de formato rígido e inflexível é o adotado pela legislação brasileira, derivando no fato recorrente de o juiz aplicar a norma referente ao elemento de conexão e não valorar e analisar criticamente se essa norma configura-se a mais adequada e justa à solução do caso.

Contudo, diante do pluralismo vigente na chamada pós-modernidade², as relações jurídicas internacionais privadas se multiplicaram rapidamente

1 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157.

2 MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328.

e as divergências de valores, princípios e condutas se avolumaram, também, em tal proporção. Para resolver os supraditos conflitos, não mais se faz suficiente a aplicação das regras clássicas e rígidas do Direito Internacional Privado, tornando-se imprescindível a adoção de critérios mais flexíveis, cujo componente de maior importância tem sido o princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos.

Dolinger já se manifestava nesse sentido:

Outra mudança de fundamental importância nos últimos tempos é o paulatino abandono das regras de conexão fixas, inflexíveis, que determinam a lei aplicável, para se adotar o princípio amplo e flexível da lei mais próxima, mais intimamente vinculada com as partes ou a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável. Este novo *approach* se baseia na ideia de intensidade maior de ligação, e é conhecido como o princípio da proximidade³.

Surgido primeiramente nos Estados Unidos, no âmbito dos atos ilícitos (responsabilidade extracontratual), o princípio da proximidade migrou para outras áreas, possuindo maior relevância atualmente nos contratos internacionais, mormente pela sua adoção pela Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais de 1980 e pela Convenção do México sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais de 1994.

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Interamericana de 1994, ela ainda não foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico, razão pela qual insta abordar o presente tema e trazer à baila possíveis benefícios e malefícios em se adotar o princípio da proximidade ou a teoria dos vínculos mais estreitos ao nosso sistema jurídico.

Ademais, por ter sido o supradito princípio inserido em projetos de leis datados de 1995 e 2004, reitera-se a imprescindibilidade de perscrutar os meandros da teoria dos vínculos mais estreitos ou da proximidade. Considera-se, portanto, imprescindível analisar a possibilidade ou não da adoção por nós de um princípio que já é tema e realidade tanto nos Estados Unidos quanto em diversos países europeus.

Conforme analisaremos neste artigo, cujo objetivo principal será determinar os aspectos principais

vinculados à teoria dos vínculos mais estreitos, especificamente por meio do estudo do desenvolvimento progressivo da referida teoria, a aplicação da mesma demanda estudos mais aprofundados em relação ao impacto de sua adoção nos sistemas internos.

A metodologia do trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa que envolve temas de Direito Internacional e as especificidades derivadas da aplicação da teoria, em razão, especialmente, do caráter específico e singular da análise de um sistema jurídico marcado por um tipo determinado de relação em que prevalece a rigidez legislativa. Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução das teorias vinculadas ao estudo do conflito de leis interestadual e sua aplicação pelos sistemas internos. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à teoria, bem como delimitar sua natureza, alcance e previsão nas fontes convencionais de direito internacional privado.

2 Natureza jurídica da teoria dos vínculos mais estreitos

Para se enquadrar o instituto no diagrama jurídico, faz-se necessário asseverar a subdivisão que se vem fazendo da norma em regras e princípios⁴ vigentes no constitucionalismo contemporâneo.

Aprofundando-se nas espécies da norma e em suas características essenciais e determinantes de diferenciação, constata-se uma celeuma doutrinária sobre os seus respectivos conceitos e critérios discriminantes.

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do modo final de aplicação, pois, para eles, as regras são aplicadas de modo absoluto – fórmula *ou tudo ou nada*, ao passo que os princípios admitem a compatibilização ou harmonização de sua estrutura.

Dworkin afirma que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada (*all or nothing*) no sentido de que,

4 “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

3 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 147.

se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios⁵. Segundo ele, se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou deve ser encontrada uma exceção a essa regra.

Alexy, apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cuja permissão são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas⁶. Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.

Esser definiu os princípios como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto as regras determinam a própria decisão⁷. Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estes estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento⁸.

Não nos cabe destrinchar cada uma das posições, incumbindo-nos de adotar uma posição. Como tal, opta-se pela conceituação de Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente

finalística, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁹.

E ainda pontifica:

O importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios, essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção¹⁰.

Por entender que o princípio comporta-se como modelo normativo que não descreve, diretamente, e de antemão, qual o comportamento devido, vislumbra-se a aproximação da teoria dos vínculos mais estreitos a tal modelo, uma vez que a teoria em tela não determina qual a posição a ser tomada diante do caso concreto, mas tão somente fundamenta, orienta, inspira o juiz a praticar determinados atos e utilizar a regra correta para que o fim proposto pelo princípio seja promovido.

Dolinger diz que a proximidade se

[...] aproxima das regras por estar previsto claramente nas convenções, ao mesmo tempo em que se afasta delas, aproximando-se dos princípios, por se tratarem de regras abertas, sem prever qual lei deverá ser aplicada – lei do domicílio, lei da nacionalidade – deixando que o juiz tenha a liberdade de escolher qual dos sistemas jurídicos deverá ser aplicado no caso concreto¹¹.

Contudo, cabe a ressalva diante do excerto transcrito. Pelo fato de regra e princípio não se diferenciarem por estarem previstos ou não claramente em diplomas normativos, mas sim por, dentre outras características,

5 DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 150.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 83 e segs.

7 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

8 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

9 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

10 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 81.

11 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2. p. 27

possuírem pretensão de decidibilidade e abrangência ou pretensão de complementaridade e parcialidade, consoante já supradito por Humberto Ávila.

3 Origem e evolução da teoria a partir de uma concepção baseada na aplicação judicial

O método conflitual surgiu na Idade Média, por obra dos professores de Bolonha, ao resolverem os conflitos surgidos da colisão de regras oriundas dos estatutos das Cidades-Estados italianas, na sua maioria relacionada aos contatos dos mercadores locais firmados com os mercadores provenientes de outras cidades. Posteriormente, desenvolveu-se a Escola francesa, com Dumoulin e Dárgentré, precursores da autonomia da vontade e do territorialismo, respectivamente. Seguiu-se a Escola holandesa, cujo expoente é Huber.

O século XIX inaugura o Direito Internacional Privado positivo, com regras inseridas nas grandes codificações, e o surgimento das teorias de Savigny, Mancini e Pillet. Para o primeiro, toda relação jurídica possui uma sede, que é imposta pela natureza das coisas, ideia próxima do atual princípio da proximidade.

Essas doutrinas do século XIX eram todas de caráter universalista, exercendo influência até a Primeira Guerra Mundial. O período entre guerras, porém, viu o declínio da tendência universalista, pois os ressentimentos deixados pela Primeira Guerra e o aumento das relações comerciais internacionais resultaram em maior particularismo. As grandes dificuldades posteriores enfrentadas pelo Direito Internacional Privado resultaram dessa falta de uniformidade¹².

O princípio da proximidade veio, recentemente, preceituado em convenções internacionais justamente com a intenção de promover uma tentativa de uniformidade. Ocorre que, quanto à origem de tal teoria, existem ainda severas dúvidas e contendas doutrinárias.

Em seu livro, Dolinger aponta diversas convenções em que se é possível notar a presença de tal princípio¹³. A ideia de que a variedade de contratos existentes e praticados na vida econômica ocasiona a flexibilidade no critério de escolha da lei tem sido atribuída a uma resolução do instituto de Direito Internacional adotada

em sua sessão de 1908, em Florença. Em 1928, a *International Law Association* e a Conferência De Haia elaboram proposições sobre esse tema no mesmo sentido da resolução. Em sentença proferida em 1934, a corte federal da Suíça decidiu que se deve examinar “com qual dos dois países envolvidos os contratos têm conexão mais direta, e que a lei do país assim indicado é a mais próxima”.¹⁴

Na década de 1950, países como Suíça, Estados Unidos, Inglaterra e França utilizaram o princípio para solucionar conflitos de jurisdição. Na Inglaterra cunhou-se o termo *proper law of the contract* e nos Estados Unidos despontou o chamado *center of gravity*, sob forte influência de Savigny.

Embora haja dúvida sobre qual pensador formulara primeiramente o princípio da proximidade, variando entre Gutzwiller, Pillet e Aldricus, é com Savigny que se encontra o seu germen. Consoante Miguel Maria de Serpa Lopes, foi Savigny, em seu capítulo VIII do *Sistema de Direito Romano*, quem “pretendeu fixar que somente pelo estudo da mais íntima e própria natureza de uma relação é possível se decidir da conveniência da aplicação de uma lei em vez de outra”.¹⁵

Nos Estados Unidos, a denominada *conflicts revolution* materializou-se em dois julgamentos da corte de apelação de Nova York: *Auten v. Auten* (1954), em matéria de contratos, e *Babcock v. Jackson* (1963), no campo das obrigações por atos ilícitos.

Esse, porém, é citado por muitos como o marco inicial da mencionada teoria. Nesse caso, o Sr. Jackson e Sra. Babcock, que eram residentes em Nova York e passeavam em automóvel no Canadá, com seguro exercitado pela Companhia de Nova York. Por conta de um acidente ocorrido em Ontário, no Canadá, a demanda contra a seguradora foi submetida à *Court of Appeals* de Nova York, versando sobre pedido indenizatório do passageiro que era transportado gratuitamente. O Estado de Nova York permitia o pleito indenizatório, o qual era negado pelo Canadá, uma vez que este entendia que a referida indenização poderia caracterizar conluio entre as partes. Envolvia, pois, um conflito entre a lei de Ontário, que impedia aquele que se encontrava gratuitamente no automóvel

14 SCHNITZER, A. F. Lês contracts internationaux em droit international prive suisse. In: SCHNITZER, A. F. *Recueil des Cours*, 1968. p. 36. v. 123.

15 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentário teórico e prático da lei de introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. v. 2. p. 90-91.

12 ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 41-43.

13 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 28.

- o *carona* - de processar o dono do veículo por danos, e a lei de Nova York, que não contempla essa restrição.

A regra de conflito, *in casu*, indicava a lei do lugar onde ocorreu o fato ilícito como solucionadora da contenda, o que levaria à aplicação da lei canadense. Todavia, a corte de Nova York afastou a regra da *lex loci delicti* e determinou a aplicação da lei nova-iorquina, pois tanto o condutor do automóvel quanto a vítima eram domiciliados em Nova York, assim como o automóvel também era registrado nesse estado. Essas contingências vinculavam as pessoas, mantinham-nas sob um vínculo mais estreito com o estado e com as leis nova-iorquinas, e não com as leis canadenses. O juiz manifestou-se nesses termos:

A justiça e o melhor resultado prático podem ser mais bem alcançados submetendo-se a questão aos efeitos da lei daquela jurisdição que, devido a seu relacionamento ou contato com a ocorrência, ou com as partes, tem a maior preocupação com a questão específica que está sendo debatida no litígio. Isto permite ao tribunal aplicar os critérios da jurisdição “mais intimamente preocupada com o resultado da demanda”.¹⁶

Esse julgamento, ocorrido em 1963, passou a ser visto como um marco do Direito conflitual norte-americano, embora tenha havido doutrinas anteriores que já propugnavam decisões no sentido de se adotar a teoria dos vínculos mais estreitos ou da proximidade, que podiam, inclusive, ter influenciado o Tribunal a decidir de tal forma. Forçoso mencionar a doutrina de Morris da *proper law of the tort*, nos casos de responsabilidade civil por delitos; a formulação por Cavers dos princípios de preferências já nos anos 1930; as ideias de Robert Lefflar, etc.¹⁷

Ocorre que o julgamento supradito foi o que mais encontrou repercussão no Direito Internacional Privado não só nos Estados Unidos, como também em outros países, constituindo uma ilustração, da mais alta importância, para o estudo do moderno regime de escolha de lei aplicável e da elevação de certas regras para o patamar de princípios.¹⁸

16 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 28.

17 LEFLAR, Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*, n. 54, 1966. p. 1584. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss4/7>> Acesso em: 27 maio 2013.

18 VITTA, Edoardo apud DOLINGER, Jacob *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2. p. 256.

Reese sustentou que “este caso certamente representa a contribuição mais significativa para a escolha da lei que foi feito neste século”.

Assim, a rica jurisprudência da corte de apelação de Nova York, aliada aos desenvolvimentos doutrinários, resultaram na formula inserida no *Restatement Second* (1971), que combina um princípio geral com uma coleção de regras. O princípio seria de que o conflito de leis em matéria de danos causados por atos ilícitos deve ser resolvido pela escolha da lei do Estado que tem o relacionamento mais significativo com a ocorrência e com as partes, como ficou estabelecido na seção 145 do *Restatement*.

É no campo dos contratos internacionais e da responsabilidade civil por atos ilícitos que se apresentaram os maiores desafios para a escolha da lei aplicável nessa segunda metade do século XX. Enquanto nos Estados Unidos as obrigações por atos ilícitos (*torts*) têm ocupado lugar de destaque no campo dos *conflict of laws*, na Europa, os contratos constituíram-se no mais importante tema dessa disciplina, principalmente no último quartel do século. Esse tópico merecerá uma maior análise, porquanto as convenções objetos de análise posteriormente, tanto a de Roma quanto a do México, são relativas aos contratos internacionais.

4 A construção normativa da convenção de Roma

A Convenção de Roma estabeleceu como regra de conexão para os contratos internacionais o princípio da proximidade ou do vínculo mais estreito, tendo grande importância para os países signatários no que diz respeito à modificação do Direito conflitual. Isso porque a Convenção passou a ser adotada não somente pelos países signatários e sim por todos aqueles em que a regra de conexão indicasse como lei aplicável aos contratos internacionais a lei de um dos países signatários.

Os dispositivos da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais são aplicados nas hipóteses que impliquem em um conflito de leis, o que exclui a escolha de utilização da *lex mercatoria*, tal como os princípios sobre os contratos internacionais comerciais do UNIDROIT.

A Convenção, porém, discorre sobre mais de uma forma de escolha sobre a lei aplicável. A primeira regra de conexão para escolha da lei se refere ao princípio da autonomia de vontade, nos termos do art. 3º:

Artigo 3º - liberdade de escolha

3 – a escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por “disposições imperativas”.¹⁹

Em seu artigo 4º, em seguida, a Convenção elege uma forma supletiva, qual seja, o princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, uma vez que se aplica somente à hipótese de as partes não efetuarem a escolha da lei aplicável.

Artigo 4º - lei aplicável na falta de escolha

1 – quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do art. 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.

2 – sem prejuízo do disposto no nº5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se trata de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da atividade econômica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.

3 – quando o contrato tiver por objeto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no nº2, que o contrato apresenta uma

conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa.

4 – a presunção do nº2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresente uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente número, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias.

5 – o disposto no nº2 não se aplica se a prestação característica não puder ser determinada. As presunções dos números 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país.²⁰

Do exposto, portanto, depreende-se que primeiro as partes possuem autonomia da vontade para escolher qual lei regerá a relação jurídica. Na ausência da escolha, ou seja, de forma subsidiária, aplica-se o princípio da proximidade.

Ocorre que a teoria dos vínculos mais estreitos na convenção de Roma é acompanhada por uma lista de presunções típicas, no intuito de determinar a prestação característica de cada contrato, o que, segundo Dolinger, pode culminar na falta de praticidade da teoria²¹. Nos termos da teoria da prestação característica, o contrato será conectado com a lei do país no qual deverá ser prestada a parcela da obrigação mais característica daquele contrato. Assim, pela Convenção de Roma, somente na ausência de uma regra de prestação característica, o princípio da proximidade seria utilizado.

Esta presunção tem sido explanada com a noção de que, por exemplo, o vendedor transfere para o comprador a propriedade sobre a mercadoria, e que isto é o desempenho que caracteriza o contrato,

19 *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em: 26 mai. 2013.

20 *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em: 26 maio 2013.

21 DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 362.

enquanto que a obrigação do comprador de pagar é um ato comum a todo tipo de contrato, não somente em transações de compra e venda. Ademais, o vendedor exerce uma função que diz respeito à economia de seu país.

Ilustra-se o desempenho característico com alguns exemplos: na venda comercial, a lei do estabelecimento do vendedor rege o contrato; na representação comercial, pactuada na França, entre agente comercial belga e companhia francesa, como o desempenho característico é o serviço do agente, o contrato será regido pela lei belga se o agente tem seu estabelecimento na Bélgica. Indagamos, criticamente, qual a importância do local do estabelecimento do agente, eis que, relevante é o local em que ele regularmente desempenha seu papel de representante da companhia francesa e, somente se isso ocorrer na Bélgica, a lei belga será a mais próxima da relação.

Como aduzem autores americanos, a fórmula da parte incumbida de executar a prestação característica poderá levar à aplicação da lei do economicamente mais forte: empregadores, bancos, companhias de seguros, e assim por diante, o que é danoso.

O aspecto mais marcante na formulação da presunção do desempenho característico é sua conexão com a residência habitual/administração central/principal estabelecimento da parte que deve efetuar o desempenho característico, e não com o lugar onde esse desempenho característico deve ser efetuado. É uma ligação mecânica e não funcional, burocrática, e não real.

A convenção, ademais, é clara e precisa, vinculando o desempenho característico ao momento da formação do contrato, de uma abordagem objetiva, fria, que fique congelada e inalterável a partir do momento da formação do contrato.

Dolinger, com o intuito de contrapor tal situação, pontifica que o princípio da proximidade não pode ser considerado de forma subsidiária na Convenção de Roma, sob pena de perder sua aplicabilidade e efetividade. Vejamos:

O fator de conexão básico – a proximidade entre o contrato e a lei de um país, – está sempre presente, acima de qualquer outra consideração. Este dispositivo tenta, tão somente, por meio do art. 4º e de seus parágrafos, ajudar o tribunal a encontrar esta proximidade com apoio em determinadas presunções, mas acrescenta que, se a

presunção genérica do desempenho característico não puder ser determinada, ou, tanto em relação a esta presunção como em relação às outras duas presunções enunciadas – relativas a imóveis e a contratos de transporte – o tribunal considerar que tem outros caminhos, melhores, para determinar a proximidade, as presunções devem ser ignoradas²².

Na prática, mesmo quando a proximidade é estabelecida como exceção, os tribunais poderiam a ela recorrer diretamente, se entendessem se tratar da escolha certa para o caso específico.

Nota-se que o Regulamento nº 593/08 da União Europeia substituiu a Convenção de Roma, mas não alterou substancialmente nenhuma das regras da autonomia, tampouco do princípio subsidiário da proximidade²³, razão pela qual se faz interessante manter a análise sobre a Convenção de Roma, inovadora no assunto. Na justificativa do Regulamento, a Comissão esclarece:

Não [se] pretendeu criar um novo corpo de regras jurídicas, mas apenas transformar uma convenção existente em um instrumento comunitário, e introduzir modificações modernizadoras em certos dispositivos da Convenção de Roma, melhorando-a em termos de clareza e precisão do texto, reforçando, assim, a segurança jurídica, sem introduzir elementos novos que venham a modificar substancialmente o regime jurídico existente²⁴.

Consoante Juenger, a convenção de Roma acentuou a existência de convergência entre os sistemas europeu e norte-americano, atenuando-se as diferenças²⁵.

Nádia Araújo também sustenta que a Convenção de Roma foi um exemplo da influência da metodologia americana no Direito Internacional Privado europeu, pois determinava como regra de conexão para os contratos internacionais o princípio da proximidade ou dos “vínculos mais estreitos”²⁶, representando,

22 DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 364.

23 ARAÚJO, Nádia. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 67.

24 DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 340-348. Qual obra faz referência?

25 JUENGER, Friedrich Konrad. Conflitos de leis na América e na Europa. In: Departamento de Direito da PUC Rio. Cadernos de Direito internacional Privado, ano 1, n. 1, 1995. p. 395.

26 ARAÚJO, Nádia. Direito internacional privado: teoria e

desse modo, um passo importante na modificação do Direito conflitual, pertinente a obrigações, dos países signatários.

5 O desenvolvimento progressivo da teoria e sua adoção pela convenção do México

Nos trabalhos preparatórios para a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, a delegação mexicana apresentou, em abril de 1979, um projeto de autoria dos professores Carlos Arelano Garcia e José Luis Siqueiro, cujo artigo 24 dispunha que, em acordos que não contêm escolha de lei pelas partes, as obrigações contratuais seriam regidas pela lei a elas mais proximamente conectada, por suas características objetivas e subjetivas, devendo a Corte tomar em consideração o local da elaboração do contrato, o local das negociações e o da sua *performance*, o domicílio e a nacionalidade das partes, e todos os fatores que possam ajustar a uma melhor análise do caso²⁷. Não foi inserida na Convenção a previsão que, contudo, quinze anos mais tarde, transformar-se-ia em Direito positivo, adotado pelo artigo 9º da Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada em 1994, no México:

Artigo 9.

Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado²⁸.

prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 68-69.

27 WASHINGTON. Secretaria general OAS, Actas y documentos segunda conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP II) 1980. p. 411. v. 3.

28 *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em 26 mai. 2013.

Juenger, ao comentar o assunto, assevera:

As partes contratantes ficam certamente em melhor situação se seus direitos e obrigações são regidos por um código moderno, bem preparado, que é sensível às práticas e necessidades comerciais, ao invés de ficarem submetidas a alguma lei local que fique abaixo dos padrões internacionais, desatualizada e injusta. Os empreendedores que deixam de se valer da oportunidade de escolher a lei que deverá governar seu acordo, não podem depois reclamar pela falta de aplicação de regras modernas e funcionais. Além disto, é muito mais justo aplicar padrões internacionais do que privilegiar uma parte, permitindo-lhe beneficiar-se de sua lei nacional²⁹.

Dolinger entende que os artigos 9º e 10º devem ser interpretados da seguinte forma: quando o Tribunal escolher a lei do Estado com os laços mais próximos terá que considerar vários fatores, como os elementos objetivos e subjetivos do contrato, e também os princípios gerais do Direito Comercial Internacional. Para escolher a lei estatal aplicável (“Direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos”) o juiz deverá examinar o conteúdo das leis de diferentes Jurisdições à luz de princípios do Direito Comercial Internacional, amplamente reconhecidos (“aceitos por organismos internacionais”)³⁰. Em outras palavras, a razão do contrato, a análise objetiva e subjetiva do acordo entre as partes, poderia determinar que a lei mais próxima fosse aquela que estivesse em maior harmonia com a *lex mercatoria*. Isso não quer dizer que se escolhe a *lex mercatoria* per se, mas que, por meio dela, alcançamos a lei estatal com os vínculos mais próximos.

Depois disso, o artigo 10 determina que o Tribunal também pode aplicar a *lex mercatoria*, agora já não como via condutora a uma lei estatal, mas diretamente, per se, norma material.

A Convenção Interamericana alcançou dois objetivos: a) combinou Direito Internacional Privado com Direito Comercial Internacional uniformizado,

do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT> Acesso em 26 mai. 2013.

29 JUENGER, Friedrich Konrad. Contract choice of Law in the Americas. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, Winter, 1997. p. 195-208. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/840964?uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102345078287>> Acesso em 27 maio 2013.

30 DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 366.

na visão de Josephus Jita, de um “Direito privado da sociedade universal das pessoas”, reforçando o elo que faz a comunicação entre estes dois métodos de solução dos conflitos de leis; b) consagrou velhos e novos princípios de Direito Internacional Privado.

5.1 Convergências e divergências entre as Convenções de Roma e do México

Em primeiro lugar, se compararmos os artigos introdutórios, veremos que a Convenção de Roma, em seu primeiro artigo, diz que “as regras desta convenção serão aplicadas a obrigações contratuais em qualquer situação que envolva uma escolha entre as leis de diferentes países”. A Convenção do México diz em seu artigo 1º que “esta convenção determinará a lei aplicável aos contratos internacionais” sem qualquer referência a uma lei nacional ou lei de um país. Assim, pode-se perfeitamente concluir que a escolha de lei, tanto pelas partes como pelos Tribunais, no sistema dessa Convenção, pode dirigir-se, em termos abrangentes, a uma lei não estatal. Desse modo, permite-se ao juiz se reportar à Convenção Uniforme das Nações Unidas, aprovada em Viena em 1980, aos princípios do UNIDROIT, à *lex mercatória*, entre outros instrumentos.

Outrossim, a regra geral para estabelecer a lei aplicável é a autonomia de vontade na Convenção do México, quase na mesma forma estabelecida pela Convenção de Roma, aceitando-se, inclusive a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato e possibilidade de sua modificação posterior e admissão da escolha tácita.

Por derradeiro, insta frisar que, diferentemente da Convenção de Roma, o conceito de vínculos mais estreitos evoluiu na Convenção do México para uma acepção mais genérica. Na Convenção de Roma, como já foi demonstrado, a teoria dos vínculos mais estreitos era acompanhada de uma lista de presunções típicas, na teoria da prestação característica. Entretanto, na Convenção do México, optou-se pela supressão de tais presunções, na medida em que foi estabelecido que, mediante a análise dos elementos subjetivos e objetivos existentes no contrato, o juiz deve auferir quais serão esses vínculos mais estreitos, representando um avanço significativo em relação à Convenção de Roma.

Ocorre que a acepção mais genérica da teoria dos vínculos mais estreitos fez com que surgissem críticas mais fortes da doutrina no tocante à alta

discrecionabilidade do magistrado, que aplicará uma lei diversa a cada caso concreto, gerando insegurança jurídica e possivelmente decisões contraditórias.

Ademais, insta reiterar que a Convenção foi ratificada, até o momento, somente pelo México e pela Venezuela. Os contratos internacionais, segundo a lei brasileira, portanto, continuam sendo regidos pelas regras de conexões colocadas pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

6 Apontamentos críticos para uma nova abordagem da teoria e sua aplicação pelo direito privado

A evolução da disciplina no plano internacional demonstra que, ao conferir maior liberdade ao juiz para a escolha da lei aplicável, não há objeções por parte dos legisladores e dos organismos internacionais, que adotaram a fórmula da lei mais próxima. Ela influencia não só a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada no México em 1994, mas também os diversos projetos de lei que se dispõe claramente pela aplicação da lei mais vinculada à relação jurídica.

Contudo, ainda há severas críticas à adoção da teoria dos vínculos mais estreitos ou princípio da proximidade. Haroldo Valladão³¹, por exemplo, em consonância com Otto Kahn Freund, critica o princípio da proximidade, afirmando que “resolver todos os conflitos com tais palavras, deixando-os ao juiz, é a anarquia completa do DIP”. Isso porque a definitiva determinação da lei aplicável só se materializa quando a questão é levada à arbitragem ou à Justiça.

Várias autoridades ao analisarem o *conflict of laws* norte-americano criticaram o *Restatement Second* que introduziu tal teoria no respectivo ordenamento interno. Afirmam que é contraditório tentar lograr as metas de certeza, previsibilidade e uniformidade de resultados e por outro lado, adotar o princípio da proximidade que traria uma concepção mais aberta e, portanto, passível de subjetividade. Erik Jayme também tece críticas nesse sentido³².

No entanto, parte da doutrina ressalta algumas vantagens da adoção da referida teoria. Uma delas é o

31 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 191.

32 JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. *Recueil des cours*. 1995. p. 68. (Tradução nossa).

fato de que a adoção do princípio da proximidade é uma solução contra o reenvio. Dolinger³³ ainda relaciona tal princípio como instrumento para efetividade da autonomia da vontade, pois facilitaria a descoberta da lei aplicável em caso de omissão das partes, porque é natural que as pessoas prefiram a lei mais próxima.

F. Vischer³⁴ no mesmo diapasão diz que no direito internacional privado, a preocupação com o indivíduo deve pairar acima de tudo. A meta, segundo também Max Rheinstein³⁵, é evitar a injustiça que pode resultar se uma controvérsia for decidida por uma lei que não seja conhecida pelas partes. Ele também afirma que um dos principais objetivos do direito conflitual é a política de mitigar para os particulares as inconveniências e os problemas que podem resultar do conflito real ou potencial das normas e decisões judiciais dos diversos estados.

Argumenta Dolinger³⁶ que, se não há certeza no nível comercial, no plano transacional, por que pretender certeza no campo estritamente jurídico? O princípio da proximidade consiste em uma abordagem aberta, que permite uma solução ajustável às realidades de toda e qualquer situação, corrigindo os efeitos das alterações e surpresas que derivam das incertezas comerciais.

7 Aplicação do princípio no direito brasileiro

Quando o Brasil iniciou sua trajetória codificadora, ainda no Império, com a elaboração da Constituição e do Código Comercial – no qual havia normas de conflito de leis para os contratos – as normas de Direito Internacional Privado vigentes eram as de Portugal. Somente com a Introdução ao Código Civil de 1917, na era republicana, o país teve um conjunto de regras específicas. Eram fortemente influenciadas pela técnica europeia e por isso situadas topicamente no Código Civil. Contudo, as deficiências da introdução ao Código Civil, especialmente a do critério da nacionalidade para o estatuto pessoal, só foram corrigidas com a mudança para a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, cuja maior modificação se encontra na substituição do critério da nacionalidade pelo critério domiciliar, alinhando o Brasil aos demais países da

América Latina. Apesar de tentativas de mudanças (Haroldo Valladão, e depois dos professores Limongi França, João Grandinho Rodas e Jacob Dolinger), a lei permaneceu inalterada.

O Direito Internacional Privado brasileiro, pois, continua regulado pelas noções clássicas do século XIX, utilizando o sistema de regras de conexões bilaterais rígidas. Enquanto se espera uma mudança na legislação, há de se constatar a inexistência da possibilidade de aplicação do princípio da proximidade, porquanto não fora introduzido em nosso ordenamento pátrio.

Ademais, observa-se das Convenções ora analisadas e dos países que as incorporaram, que o princípio da proximidade está intimamente relacionado com o princípio da autonomia da vontade. Em geral, dispõem os instrumentos internacionais que, na ausência de escolha de lei pelas partes contratantes, aplicar-se-ia o princípio da proximidade. Igualmente, também se relacionam pelo fato de se entender, sob a concepção subjetivista, que a teoria dos vínculos mais estreitos consubstancia e tem por pretensão levar a um resultado que as partes chegariam se pudessem escolher a lei a ser aplicada.

Desta sorte, pelo fato de não existir autonomia da vontade nas regras do Direito Internacional Privado brasileiro, consoante a doutrina majoritária, não haveria, consequentemente, a possibilidade de aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos.

De fato, a codificação editada pela OEA (Organização dos Estados Americanos), por meio das CIDIPs (Convenções interamericanas de Direito Internacional Privado), tem servido também como guia para as modificações realizadas no Direito Internacional Privado em países da América Latina, como o México e a Venezuela.

A lei venezuelana, de 1998, pode ser vista como um bom exemplo da modernização das teorias do século XIX. Além de normas internacionalistas tradicionais, permite a flexibilização do método conflitual, ao outorgar ao juiz a faculdade de procurar, em suas decisões, a justiça material de cada caso. Utiliza, ainda, a equidade e a adaptação da lei aplicável para se chegar ao resultado mais justo. Na área do Direito de Família, aplica a regra do domicílio comum dos cônjuges, e, na sua falta, a lei do último domicílio comum, destinada a garantir a igualdade da mulher. Para os contratos internacionais, adota o princípio da autonomia da vontade, além do princípio da proximidade, quando não houver escolha.

33 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 370.

34 VISCHER, apud DOLINGER, 2007, p. 370.

35 RHEINSTEIN, apud DOLINGER, 2007, p. 370.

36 DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, p. 370.

O México, depois de mais de sessenta anos de arraigado territorialismo, incorpora ao seu Direito interno inúmeras Convenções internacionais, especialmente as da OEA.

A Argentina, por fim, está em processo de revisão de seu Código Civil, e o projeto inclui uma parte relativa ao Direito Internacional, concebida a partir do modelo das CIDIPs, em especial nas regras para os contratos internacionais. Antes da entrada em vigor dessas modificações, registra tendências no sentido de um pluralismo metodológico, com a utilização de soluções materiais e regras de aplicação imediata³⁷.

O Brasil, por outro lado, ainda permanece à margem do avanço internacional no que toca às regras de conexão, ao não possibilitar, de forma clara, a aplicação da autonomia da vontade no DIPr, o que reforça o caráter conservador do sistema brasileiro.

8 Os projetos de lei e sua compatibilidade com a nova abordagem teórica

Segundo Nádia de Araújo, “o direito internacional privado positivo brasileiro continua regulado pelas noções clássicas do século XIX, utilizando o sistema de regras de conexões bilaterais rígidas”.³⁸

Ainda de acordo com a autora, a inalterabilidade da Lei de 1942, principal fonte normativa da temática, resulta em sua inadequação à complexidade e à diversidade do momento atual e na ausência de soluções para os novos rumos da disciplina.

A tentativa de se incorporarem, no Brasil, as tendências atuais do Direito Internacional Privado, notadamente a teoria da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, por via legislativa ficou restrita ao Projeto de Lei 4905, de 1995.

Na exposição de motivos do referido projeto, o legislador nacional ressaltou a importância da adoção da teoria da proximidade:

Uma das conquistas do moderno direito internacional privado é a regra que manda aplicar às obrigações contratuais a lei do país que tenha vinculação mais estreita com a avença entre as partes. Essa norma está consubstanciada nas mais recentes convenções europeias e interamericanas,

influenciadas proximamente pelo direito norte-americano e remotamente pela filosofia de Friederich Carl Von Savigny. Representa essa regra uma amálgama de inúmeras teorias lançadas ao longo dos últimos dois séculos no continente europeu e nas Américas, em que os jusinternacionalistas esforçaram-se na busca de uma fórmula que orientasse o juiz na escolha da lei aplicável em questões internacionais. A sede da relação jurídica, seu centro de gravidade, a lei que tenha como o caso “*the most significant relationship*”, e outras de sentido idêntico ou similar. O projeto estende o preceito em tela para além das obrigações contratuais, propondo aplica-lo também às obrigações por atos ilícitos e ao direito de família. Por analogia poderá ser aplicado, sempre que não prevista solução específica.

O Projeto de Lei nº 4905/1995, assim, traria em seu artigo 12 a teoria da vinculação mais estreita. O princípio seria utilizado no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, a saber:

Art. 12: obrigações por atos ilícitos – as obrigações resultantes de atos ilícitos serão regidas pela lei que com elas tenha vinculação mais estreita, seja a lei do local da prática do ato ou a do local onde se verificou o prejuízo.

Também aplicaria a teoria às obrigações contratuais. Vejamos:

Art. 11 – as obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

Par. 1º - caso não tenha havido escolha ou se a escolha não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

Par. 2º - se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se, em caráter excepcional.

Assim, esse Projeto integrar-se-ia no moderno Direito Internacional Privado uniformizado, que, após anos de incertezas, optou pela fórmula que determina a aplicação da lei do país com o qual o contrato mantém os vínculos mais estreitos.

Todavia, o referido Projeto não logrou êxito. Recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça

37 ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 89.

38 ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 102.

da Câmara dos Deputados, mas foi retirado de pauta congressional por parte do Poder Executivo. Em 2004, o Poder Legislativo recebeu uma nova oportunidade para contemplar a teoria da vinculação mais estreita por meio do Projeto de Lei 269/2004, que incorporou o artigo 12 do antigo Projeto de Lei 4905/95, na íntegra, em seu artigo 13. Contudo, novamente o texto legal não obteve êxito e o Projeto fora arquivado em 2011.

Pelo fato de não ter se tornado lei, a teoria da proximidade ainda não foi reconhecida pelo ordenamento brasileiro. Há, entretanto, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicá-la em casos pontuais, o que já vem acontecendo, conforme examinaremos a seguir.

9 A posição dos tribunais brasileiros a partir de uma concepção jusprivatista

Há casos em que o Poder Judiciário brasileiro flexibiliza as normas Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e admite a aplicação de tal teoria em nome de uma decisão mais justa e adequada às especificidades de um caso concreto.

Um caso de conflito de leis trabalhistas no espaço foi julgado pelo TST, aplicando este a lei mais favorável ao trabalhador com esteio nos estreitos vínculos do empregador com o ordenamento jurídico brasileiro³⁹.

A lide envolvia um empregado brasileiro contratado pela empresa BraspetroOil Service Company, subsidiária da Petrobras e constituída nas Ilhas Cayman para a prestação de serviços em Angola. Nesse caso, a Lei 7.064/82 determina que, à situação do trabalhador contratado por empresa estrangeira para prestar serviço no exterior, aplica-se o princípio da territorialidade, consoante o disposto no artigo 14, a saber:

Art. 14 – Sem prejuízo da aplicação das leis do país da prestação dos serviços, no que respeita a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador os direitos a ele conferidos neste capítulo.

Ocorre que o TST entendeu que a empresa em questão, por ser subsidiária da Petrobras, tem atividade estritamente vinculada ao Brasil, motivo pelo qual se aplica a lei brasileira, mais favorável ao trabalhador que a lei angolana.

39 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Ac20090335079. Relator: Carlos Roberto Husek. Brasília, 15, de maio de 2009.

Percebe-se, pois, a existência de julgamentos esparsos aplicando a teoria dos vínculos mais estreitos, mormente quando se trata de aplicar uma lei que proteja mais a considerada parte hipossuficiente da relação. Entretanto, elas não têm se tornado frequente justamente pela não incorporação da Convenção Interamericana assinada no México em 1994 e pela não alteração da LINDB que ainda remanesce com regras clássicas de conexão.

10 Conclusões

Segundo Erik Jayme, diante da pós-modernidade e com o retorno à valorização dos direitos humanos, houve a ruptura do positivismo jurídico desencadeando o elemento jurídico do pluralismo⁴⁰.

É nesse sentido que se manifesta Bruno Miragem:

O pluralismo, enquanto respeite o diferente, traduz-se neste campo através da identificação de novos elementos de conexão, ou a partir do método de escolha da lei aplicável, característico do DIPr. A busca destes novos elementos serve, então, para promover a aplicação, no caso concreto, da lei que esteja conectada não apenas formalmente (adequação técnico-formal), mas também materialmente, aos sujeitos da relação jurídica de direito internacional – sua adequação substancial. No mesmo sentido, o pluralismo termina por indicar uma significativa extensão da autonomia da vontade das partes, de modo a permitir, inclusive, a escolha da lei aplicável a determinadas relações jurídicas no momento da celebração. O pluralismo, enquanto elemento característico da pós-modernidade afirma-se como um pluralismo de valores culturais, mas também de métodos e fontes, o que em direito internacional aponta para a promoção da cooperação entre os estados tendo por objetivo o respeito ao indivíduo e a busca da ‘melhor solução’ para o caso concreto.⁴¹

É nesse contexto que a teoria dos vínculos mais estreitos ou princípio da proximidade ganha relevância,

40 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*. 1995. p. 68. (Tradução nossa).

41 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O Novo direito internacional: estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328.

no intuito de promover a aplicação, no caso concreto, da lei que esteja mais próxima dos sujeitos da relação jurídica de Direito Internacional Privado, ou seja, que esteja conectada não apenas formalmente, mas também materialmente a tais sujeitos e sua correspondente situação fática, no intuito de obter uma solução jurídica mais eficaz.

A primeira finalidade do Direito Internacional Privado é a proteção da pessoa humana, devendo os limites em relação à solução de conflitos de lei serem traçados pelos direitos humanos.

Portanto, se constata a modernização do Direito Internacional Privado e a reformulação de suas regras de conexão clássicas, uma vez que se tem pendido para um movimento de promoção da justiça no caso concreto, permitindo ao juiz flexibilizar certas regras para que o resultado seja o mais equânime possível.

O mais importante aspecto do princípio da proximidade é que não há uma fórmula rígida para encontrar a lei aplicável aos contratos, a lei do local das negociações, de sua execução (assinatura), de seu cumprimento, ou a lei da nacionalidade ou do domicílio das partes. Cada contrato tem suas características próprias e deve ser regido pela lei que lhe é mais apropriada, o que requer que se escolha a lei que seja a mais próxima a essas características, ou seja, como já colocado acima, a lei mais pertinente.

Urge, pois, a incorporação em nosso ordenamento da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais firmada no México em 1994, conjuntamente com a alteração da LINDB para que se autorize não só a autonomia privada, mas também preceitue e insira a teoria dos vínculos mais estreitos ou princípio da proximidade de forma que a lograr harmonia entre o sistema brasileiro e o mundo globalizado no que tange aos negócios internacionais. Representa ainda uma oportunidade singular para que as normas nacionais possibilitem às relações privadas desenvolver-se com certo grau de autonomia, subordinada obviamente aos limites dispostos no próprio sistema jurídico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATTIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes em droit international prive. *Récueil des Cours*. 1973. t. 139

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>> Acesso em: 27 maio 2013.

Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em 26 maio 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Ac20090335079*. Relator: Carlos Roberto Husek. Brasília, 15 de julho de 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*. 1995. p. 68.

JUENGER, Friedrich Konrad. Conflitos de leis na América e na Europa. Departamento de Direito da PUC Rio. *Cadernos de Direito Internacional Privado*, ano 1, n. 1, 1995.

JUENGER, Friedrich Konrad. Contract choice of Law in the Americas. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, p. 195-208, Winter, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/840964?uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102345078287>> Acesso em 27 mai. 2013.

LEFLAR, Robert. *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*. California Law Review, year 1966, n. 1584. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss4/7>> Acesso em 27 maio 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. v. 2.

SCHNITZER, A. F. Lês contracts internationaux em droit international prive suisse. In: SCHNITZER, A. F. *Recueil des Cours*, v. 123, 1968.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

WASHINGTON. Secretaria General OAS. *Actas y documentos segunda conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP II)*. 1980. v. 3.

AGRADECIMENTO: os autores agradecem à PRPq/UFMG pelo auxílio concedido para a realização desse trabalho mediante apoio à pesquisa científica.